

# A Teoria do Domínio Final do Fato como Critério de Imputação Objetiva

Luciano Filizola da Silva<sup>1</sup>

## Resumo

Este artigo visa através da análise da teoria do domínio final do fato, construída para distinguir a autoria da participação num concurso de agentes, construir um novo critério de imputação objetiva, a qual visa solucionar os problemas que decorrem da análise da causalidade existente entre um fato e o resultado, viabilizando, assim, uma responsabilidade penal do agente mais precisa e garantista.

**Palavras-chave:** Relação de causalidade; imputação objetiva; teoria do domínio final do fato.

## Abstract

This article aims at through analysis of the theory of the final domain of fact, built to distinguish the authorship of participation in a concurrence of agents, build a new criterion of objective imputation, which aims to resolve the problems arising from the analysis of the link between a fact and a result, allowing thus a criminal agent responsibility more precise and safe.

**Keywords:** Causality; objective imputation; theory of the final domain of the fact.

Durante todo o desenvolvimento da teoria do delito a definição de um critério que solucionasse as questões da causalidade sempre foi um problema, tendo em vista sua natureza extra-jurídica, dificuldade esta que também se encontra em vários outros institutos presentes nos elementos constitutivos do crime, como o conceito de ação, dolo, culpa e de culpabilidade.

As principais teorias edificadas pela doutrina, a da equivalência das condições e a da causalidade adequada, mostraram-se insatisfatórias para alcançar seu principal objetivo: o de apontar a produção de um evento a um determinado indivíduo como seu responsável e, com isto, sujeitá-lo à uma sanção penal quando presente os demais requisitos exigidos pela lei.

Segundo a **teoria da equivalência das condições** ou também conhecida como teoria da *contitio sine qua non* todo fato que contribui para a produção de um resultado será sua causa, ou seja, causa é todo fato sem o qual o resultado não se produziria. Esse conceito sempre nos pareceu um tanto quanto redundante. Para tentar complementá-la a doutrina sempre se utilizou do chamado juízo hipotético de eliminação de Thyren para tentar definir num caso concreto de fato seria esse

<sup>1</sup> Mestre em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes. Advogado atuante no Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Penal e Criminologia na Graduação e Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá.

a ser apontado como causa do evento. Para tanto, deve se eliminar o referido fato e verificar o que ocorre com o resultado: se esse desaparece é porque existe uma relação de causa e efeito entre o fato e o evento, porém se ele permanece é porque não há essa relação, por isso, não há causalidade.

Enquanto que para a **teoria da causalidade adequada** deve se considerar não o antecedente necessário, porém, o mais adequado a produzir o resultado, devendo se considerar não a necessidade do fato, mas sua idoneidade para a produção do evento, afastando-se os casos fortuitos e excepcionais. Alguns autores a adotaram como Bettiol na Itália e Engisch na Alemanha, mas não conquistou muitos adeptos.

Uma vez que a primeira teoria adotada, inclusive pelo art. 13 de nosso Código Penal, gera uma análise ao infinito e a segunda acaba sendo por demais relativa, torna-se necessária a criação de um instrumento que limite a imputação do fato ao agente.

No Direito penal pátrio, sob a influência do finalismo de Welzel, adotou-se, por força da presença do dolo e da culpa do tipo penal, o critério subjetivo referente à análise da previsibilidade objetiva do resultado, ou seja, não basta que se demonstre que o agente deu causa ao resultado, este só poderá responder criminalmente pelo evento caso se verifique que no momento do fato era possível a um homem prudente prever a sua ocorrência.

Todavia, a doutrina alemã vem utilizando um outro critério de limitação da causalidade, visando antecipar o seu estudo, através de um paradigma objetivo de imputação, o qual vem ganhando uma maior atenção de estudos pela doutrina pátria, apesar de sua pouca utilização na prática forense, talvez pela ainda pouca compreensão sobre o tema, como se verificou através de uma pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entre 2000 e 2006 onde só foram encontradas quatro citações a tal teoria e todas referentes a crimes culposos.

Seguindo o modelo definido por um de seus principais representantes, Claus Roxin, tendo em vista o atual conceito referente à função do direito penal que é a de proteger bens jurídicos, pode se dizer que “a imputação ao tipo objetivo pressupõe a realização de um perigo criado pelo autor não coberto por um risco permitido dentro do alcance do tipo”<sup>2</sup>, ou seja, antes de se analisar o dolo ou a culpa do agente deve se verificar se a conduta realizada por este criou ou aumentou uma situação de perigo desaprovada pelo direito apta a produção de um resultado lesivo ao bem jurídico protegida pela norma.

Logicamente não se deseja privar ou substituir os elementos subjetivos do tipo penal, mas definir novos critérios objetivos para auxiliar no processo de imputação. Com o finalismo de Welzel foi acrescentado um desvalor subjetivo na ação mantendo-se o desvalor objetivo do resultado, o qual já existia desde o causalismo.

<sup>2</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General* – Tomo I.. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997. P. 364.

A **Imputação Objetiva** acrescenta ao injusto (tipicidade e ilicitude) um desvalor objetivo da ação (a criação de um risco juridicamente desaprovado) e dá ao desvalor do resultado uma nova dimensão através da realização de um resultado juridicamente desaprovado.

Com isto, a fim de ser possível imputar de forma objetiva um determinado evento como produto penalmente relevante de uma dada conduta devem estar presentes, segundo Luís Greco, três requisitos, os quais serão analisados de forma sucinta e seleta, tendo em vista a objetividade do presente trabalho: a criação de um risco, que este risco seja juridicamente desaprovado e a realização deste risco num resultado lesivo.<sup>3</sup>

A verificação se o **risco produzido** foi causado pelo agente será feita através do uso de uma prognose póstuma objetiva, sendo considerada perigosa uma conduta que, não mais sobre a perspectiva do homem médio, mas sim de um observador prudente dotado dos conhecimentos especiais do autor no momento do fato, gere a possibilidade (ou, conforme entendemos, a probabilidade) de dano ao bem jurídico, sendo afastada, assim, a imputação quando o risco for irrelevante (como enviar o tio para uma floresta torcendo para que um raio caia em sua cabeça) ou quando for diminuído pela intervenção do sujeito (ao desviar um objeto lançado contra a vítima, diminuindo o efeito da lesão que seria produzido).

A **desaprovação jurídica do risco** será definida pela ponderação entre o interesse de proteção de determinados valores e o interesse geral de liberdade, tendo em vista que, face à dinâmica e à complexidade da vida moderna e seus avanços tecnológicos, principalmente nos centros urbanos, tornou-se inevitável o incremento de uma série de atividades com níveis distintos de riscos, tais como o sistema de produção industrial, o trânsito viário e a construção de prédios, ou seja, nem tudo que gera situações de perigo pode ser proibido face ao necessário desenvolvimento do homem em sua coletividade.

Os principais critérios para a sua delimitação se referem à identificação da existência de normas de segurança que regulem a prática analisada definindo os deveres de cuidado a serem observados pelo agente e à observância do princípio da confiança, o qual identifica situações em que, face determinadas convenções, o sujeito, apesar de agir sem a atenção devida exigida pelas normas de cuidado, confia fielmente na ação de um terceiro, que compensará o risco produzido, afastando a possibilidade da ocorrência da produção do evento, como na hipótese do médico durante uma cirurgia que confia em seu instrumentista quando este lhe entrega um determinado instrumental como sendo aquele o requerido e necessário para aquela manobra específica.

Outrossim, o risco não será juridicamente desaprovado quando decorre de uma conduta socialmente neutra, geralmente relacionada à profissão do agente, quando sua participação não extrapola os limites de sua atividade. Este seria o caso do vendedor de uma farmácia que vende um determinado remédio

<sup>3</sup> GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

Será excluída a imputação quando, apesar do agente ter criado uma situação de perigo, o resultado se produz não como um produto direto deste, mas por uma conexão casual com o mesmo (como na hipótese do sujeito ter sido esfaqueado, mas vem a morrer no hospital devido a um incêndio), quando ocorre os chamados “danos tardios”, como na situação do sujeito que por causa de uma lesão sofrida anos atrás, perde estabilidade em seu joelho e, ao se desequilibrar, cai de uma certa altura e morre. O autor da primeira lesão não poderá responder pelo resultado ocorrido anos depois, uma vez que ultrapassa o fim de proteção da norma, a qual visa proibir agressões para evitar, tão somente, a ocorrência de lesões no momento do fato.

Como é possível observar grande parte do raciocínio elaborado através de uma imputação objetiva visa solucionar problemas que, em sua maioria, já eram resolvidos por meio de outros institutos. Todavia, ainda é possível ampliar o número de opções que possam contribuir para a limitação da imputação do resultado ao agente pelo tipo objetivo. Para tanto, deve-se fazer um pequeno parêntese a fim de se esclarecer sobre um outro instituto do direito penal: o domínio final do fato.

Ao se estudar o **concurso de agentes**, outro tema deveras divergente se dá na distinção entre autor e partícipe, o que já rendeu a elaboração de várias teorias que visavam definir o conceito de autor, as quais, dentre as mais utilizadas, ficaram conhecidas aqui no Brasil como teoria extensiva, que o define como aquele que de qualquer forma contribui para a produção do resultado, solidária à teoria da *conditio sine qua non*; a teoria subjetiva, que identifica as partes distinguindo-as pela vontade de autor e pela vontade de partícipe; a teoria restritiva que o define como aquele que pratica a conduta típica, distinguindo do partícipe, o qual apenas contribui para a prática do ilícito penal, que ainda é bastante utilizada no país.

Porém, modernamente vem sendo cada vez mais aceita pela doutrina e jurisprudência a teoria do **domínio final do fato** onde, segundo Nilo Batista, “autor será aquele que, na concreta realização do fato típico, conscientemente o domina mediante o poder de determinar o seu modo, e inclusive, quando possível, de interrompê-lo”.<sup>4</sup>

Com este novo conceito é possível responsabilizar como autor aquelas contribuições fundamentais para o delito, mas que não se adequavam de forma exata ao tipo, como nas hipóteses do mandante ou do piloto da moto que a dirige enquanto seu comparsa que está na garupa pratica disparos contra a vítima, ambos na intenção de matá-la. Nas duas situações a conduta realizada não é aquela que se encontra descrita no tipo, mas é indiscutível que ambos possuem completo controle do fato, no sentido de que sem sua contribuição o resultado não ocorreria na forma como ocorreu, podendo influenciar diretamente em toda ou em parte da dinâmica do evento.

No domínio final ou funcional do fato o que importa é verificar não o domínio enquanto “autor intelectual”, mas sim a relevância da participação do agente. Mesmo o vigia que sempre foi considerado partícipe pela doutrina pátria, caso numa situação seja de suma importância a presença de alguém para avisar a chegada da vítima a fim de viabilizar o golpe e sem esse auxílio o crime não ocorreria, ele deixa de ser partícipe e pode se tornar autor, como aquele que segura a vítima para que outro realize o estupro ou lhe dê uma “estocada” possibilitando a execução do homicídio em situações que pela estrutura física da vítima a desistência do colaborador no meio da empreitada poderia prejudicar o resultado final.

<sup>4</sup> BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004. p. 69.

No entanto, o que se verifica, é que a ampla maioria dos autores brasileiros trabalham com a referida teoria tão somente no âmbito do concurso de agentes desperdiçando, assim, um precioso instrumento de imputação objetiva. Uma das exceções na doutrina pátria encontra-se o professor Juarez Tavares que prefere se referir à *capacidade de domínio do processo causal*<sup>5</sup>,

Com isto, quando diante de um resultado produzido, ainda que seja possível identificar uma relevância causal entre ele e o agente, caso se verifique que o curso causal desenvolvido encontra-se livre do domínio do sujeito, o qual não possui o controle do “se” ou “como” do evento, não poderá ser-lhe imputado o mesmo.

No momento de se analisar o risco produzido pelo indivíduo, bem como sua relevância, deve-se coexistir para a imputação do fato o domínio sobre o processo causal iniciado pelo perigo produzido o qual deverá levar a um resultado “esperado” como desdobramento natural do evento, pois, se este resultar de um caso fortuito e, logicamente, alheio ao domínio do sujeito, não haverá imputação objetiva, o que torna mais plausível a não responsabilização do sobrinho pela morte do tio enviado a uma floresta e lá eletrocutado por um raio, uma vez que o sobrinho, em nenhum momento teve qualquer domínio sobre os elementos da natureza para dirigir a produção daquele resultado, diversamente do que entendem alguns autores, como Rogério Greco<sup>6</sup>, que buscam fundamentar tal hipótese distinguindo vontade de desejo, no sentido de que seriam institutos distintos e que haveria tão somente a presença de um desejo, faltando o elemento volitivo do dolo afastando sua responsabilidade penal. Ocorre que, desta forma, estaria se conflitando com o próprio vernáculo pátrio que trata as duas expressões como sinônimas, não havendo qualquer fundamento dogmático que possa sustentar tal teoria.

Da mesma forma é possível solucionar o seguinte problema: A querendo produzir uma lesão corporal em B, contando com sua falta de atenção, notando que B está em pé muito próximo da quina de uma mesa, lhe informa que seu cadarço está desamarrado. B, sendo, de fato, muito distraído, ao se abaixar para amarrar o cadarço bate com a cabeça na mesa sofrendo uma lesão corporal. A responderá pela lesão? Sem dúvida que era seu desejo que este evento lesivo ocorresse e contribuiu causalmente para a sua produção, porém é certo afirma que em nenhum momento possuiu o domínio desta causa, não havia como afirmar que B realmente faltaria com sua atenção, o que estará sempre fora do controle do sujeito ativo, o que afasta a imputação objetiva.

Outra questão refere-se à ação perigosa do agente que, por choque, gera uma deficiência cardíaca na vítima que, em decorrência do susto, vem a morrer, como na hipótese de um assalto. O agente possui o domínio referente ao uso da arma e da violência empregada para efetuar a subtração dos bens da vítima, mas não sobre sua saúde interna, o que impossibilitaria a imputação do resultado ao agente, salvo quando este se utiliza conscientemente do estado de saúde da vítima

<sup>5</sup> TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 226.

<sup>6</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Editora Impetus, 2005. P. 206.

buscando o resultado morte através de atos de tortura psicológica a fim de lhe gerar um ataque cardíaco.

Sem dúvida que o conceito de domínio da causa é tão relativo e pantanoso quanto o conceito de risco ou de previsibilidade, o que deve ser entendido é que todos esses instrumentos são ferramentas que devem ser utilizadas como instrumentos de limitação do poder punitivo do Estado, a fim de resguardar a liberdade do indivíduo afastando intervenções penais que se demonstrem abusivas e incoerentes, em sintonia com um direito penal garantista e democrático.

## Referências bibliográficas

- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.
- GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. Niterói: Editora Impetus, 2005.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General – Tomo I.. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1997.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

